

# 武力紛争法における軍事的必要性の機能

尋 木 真 也

## 第1章 問題の所在

### 第2章 軍事的必要性の機能に対する認識の変遷

#### 第1節 軍事的必要性の概念に関する見解の対立

#### 第2節 19世紀における軍事的必要性

#### 第3節 第2次世界大戦後の軍事的必要性に関する議論の展開

### 第3章 ジュネーヴ諸条約第1追加議定書上の軍事的必要性

#### 第1節 人道の考慮への関心の拡大

#### 第2節 武力紛争時における軍事的必要性の機能

#### 第3節 軍事的必要性の機能に関する各国の法認識

## 第4章 結 論

## 第1章 問題の所在

軍事的必要性（military necessity／nécessité militaire）は、人道の考慮と対をなす武力紛争法の基本法的原則（principes constitutionnels）の1つである<sup>(1)</sup>。そして、軍事的必要性とは、「戦争目的を達成するために不可欠で、かつ現代の戦争の法規および慣行に従って合法的な措置の必要性」であると定義される（1863年の戦場における合衆国陸軍に対する訓令（リーバー法典）14条）。この定義は、約150年前に初めて定式化され、また今日でもなお引用されることのある定義であるが<sup>(2)</sup>、この定義だけから軍事的必要性の果たしている役割や人道の考慮との関係性を十分に見いだすことは困難であ

る。

軍事的必要性は、交戦当事者に戦争目的を達成するための行動の自由を付与するため、講学上一般にその妥当範囲を狭く解すべきであるとされている。<sup>(4)</sup>たとえば、強制移動の禁止に関するジュネーヴ第4条約49条は、軍事的必要性のある場合には、占領地住民の立退きを実施できることを規定している。同条のように、軍事的必要性に言及する条約規定は、一般に義務からの逸脱を認めるものとなっているため、人道の考慮の観点から、軍事的必要性の妥当する範囲を限定すべきと考える見解が多いのである。本稿では、この立場が着目する軍事的必要性のこうした消極的側面を、「義務逸脱機能」と呼ぶこととする。

これに対し、各国の軍隊の行動規範たる軍事マニュアルは、後述のとおり、軍事的必要性のない敵対行為は禁止されるという認識にもとづき、ある敵対行為の違法性は軍事的必要性の有無に応じて判断されるべき解釈問題との立場をとっている。つまり、各国の軍事マニュアルは、軍事的必要性の概念自体のなかに、一定の敵対行為を禁止または制限する要因を見いだしているのである。本稿では、この立場が着目する軍事的必要性のこうした積極的側面を、「敵対行為禁止・制限機能」と呼ぶこととする。

軍事的必要性にはこのような2つの機能があるにもかかわらず、一般には義務逸脱機能のみが注目されることが多い。しかし、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を十分に考慮せず、もっぱら義務逸脱機能に焦点をあて、人道の考慮の観点のみから敵対行為の法的規制のあり方を検討するならば、武力紛争法における敵対行為の禁止規則の解釈を適切に行うことができない可能性が出てくるといえよう。

そこで本稿では、まず軍事的必要性について議論の行われた国際文書や学説等を振り返ることで、実定国際法上軍事的必要性にいかなる機能が付与されてきたのかを考察する（第2章）。そのうえで、武力紛争法の一般条約であるジュネーヴ諸条約第1追加議定書の起草過程における各国の議論から、

軍事的必要性に関する国家の法認識を抽出することで、軍事的必要性の現代的意義を明確にする（第3章）。このような検討を通じて、本稿では、さまざまな批判のある一方で、軍事的必要性は現在でも武力紛争法の基本法的原則として妥当しており、条約の作成過程のなかで重要な考慮要因とみなされているとともに、条約の解釈の段階でも敵対行為の違法性を判断する際に当該行為を制約する重要な役割を果たしていることを示していきたいと思う。

なお、本稿の検討対象は、国際的武力紛争に適用される武力紛争法に限定する。そのため、以下でなされる検討は、非国際的武力紛争に適用される武力紛争法に予断を与えるものではない。

## 第2章 軍事的必要性の機能に対する認識の変遷

軍事的必要性の概念は、古くは1625年のグロティウスの主著『戦争と平和の法』にその示唆を見いだすことができる<sup>(5)</sup>が、今日では学説や各国の軍事マニュアルなどにおいて、多様な展開をみせるに至っている。そこで以下では、まず学説、各国の軍事マニュアルおよび条約・国際文書を概観することで、軍事的必要性に関する議論の展開を歴史的にたどっていくことにする。

### 1節 軍事的必要性の概念に関する見解の対立

#### 1 軍事的必要性に対する消極的議論の背景

軍事的必要性は、戦争の必要性とも呼称されてきたが、とりわけ武力不行使原則が確立した後は、軍事的必要性と呼ばれることが一般的である。今日比較的多く取り上げられる軍事的必要性の定義としては、本稿の冒頭で取り上げたリーバー法典の定義よりも詳細に述べられた、第2次世界大戦後のいわゆる人質事件判決（米国軍事裁判所、1948年）の下記の言明を挙げることができる<sup>(7)</sup>。

「軍事的必要性は、時間、生命、金銭において最も損失の少ない方法で敵を服従させるために、交戦当事者が戦争法に従ってあらゆる量および種

類の力を行使することを許容する。一般に、軍事的必要性は、自軍の安全を確保するため、および作戦の成功を容易にするために必要な、占領国による措置を認める。」

1868年の戦時における400グラム未満の爆発性投射物の使用を放棄する宣言(サンクトペテルブルク宣言)の前文では、軍事的必要性にいう戦争目的は「敵軍隊の弱体化」にあるとされていた。しかし、同宣言で示された戦争目的は、人質事件において、敵軍隊の弱体化から「敵の服従」へと拡大されている。<sup>(8)</sup>このように、軍事的必要性の定義における戦争目的の拡大の影響を受けるかたちで、講学上、軍事的必要性の義務逸脱機能に対する危惧が一層広まることとなった。そのため、武力紛争法の履行確保という観点から、軍事的必要性の妥当範囲は極力制限されるべきであるとの主張がしばしば行われている。<sup>(9)</sup>

この主張の背景には、武力紛争法の理念にもとる残虐行為等を許容するのが軍事的必要性、それを規制するのが人道の考慮であるとする赤十字国際委員会(ICRC)や旧ユーゴ国際刑事裁判所(ICTY)の人道的アプローチの影響を挙げることができる。ICRCのピクテが最初に用いたとされる「国際人道法」という名称は、まさに同法が「人道」の観点より規制を行う法であるとのアプローチを後押しするものとなった。<sup>(10)</sup>また、ICTYのタジッチ事件においても、「国家主権志向アプローチは、人間志向アプローチに徐々に取って代わられてきている」とされたが、これは軍事的必要性と人道の考慮のバランスが後者優位にシフトしつつあることを示すものと解することができる。<sup>(11)</sup>その結果、軍事的必要性は、人道の考慮と並び、武力紛争法の基盤となる基本法的原则として位置づけられるにもかかわらず、主に、人道の考慮により軍事的必要性の義務逸脱機能が認められる範囲をできるだけ制限すべきであるというかたちで議論されることになるのである。<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>

このように、学説においては軍事的必要性の義務逸脱機能に注目が集まっているといえる。また、たとえばジュネーヴ第4条約53条が「……私人に属

し、又は国その他の当局、社会的団体若しくは協同団体に属する不動産又は動産の占領軍による破壊は、その破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合を除く外、禁止する」と規定しているように、条約においても義務逸脱機能を確認することができる。では、この不動産等の破壊禁止義務から逸脱することが許されるのはいかなる場合なのであろうか。53条は「破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合」と規定するが、この文言を解釈するにあたって、人道の考慮による制約のみを考慮すればよいのか、それとも軍事的必要性の観点から許容される範囲を考えるのか、あるいは人道の考慮と軍事的必要性の双方の観点から義務逸脱の可否・程度について判断するのかについて考えていく必要がある。以下では、軍事的必要性に関する各国の軍事マニュアルの立場を検討することで、敵対行為の合法性判断における人道の考慮と軍事的必要性の関係性について考察を行っていく。

## 2 各国の軍事マニュアルにおける軍事的必要性の機能

軍事的必要性の概念に対しては、国際法学者よりも軍人の方が高い関心をもっているといわれる。<sup>(14)</sup> というのも、軍事的必要性は戦争目的の達成に密接に関係するからである。そのため、ほとんどの国の軍事マニュアルでは、軍事的必要性に関する規定が設けられている。まず各国の軍事マニュアルに共通している点として、軍事的必要性は武力紛争法からの逸脱を無条件に許容するものではないことを強調していることが挙げられる。たとえば、ドイツの軍事マニュアルは、軍事的必要性を「軍事的理由は、既存の武力紛争法の規則からの逸脱を正当化しえない。軍事的利益は、禁止された手段によって追求されえない」<sup>(15)</sup>（131項）ものと説明する。また、フランスの軍事マニュアルは、「軍事的必要性を援用することにより武力紛争法の規則から逸脱することは、当該規則によりその可能性が明示的に規定されている場合にしかできない」<sup>(16)</sup>と規定する。これらの軍事マニュアルは、軍事的必要性の義務逸脱機能は無条件には認めておらず、同機能を認める場合も、武力紛争法上の禁止規則からの逸脱が明示に認められている場合に限定している。<sup>(17)</sup>

さらに、ドイツの軍事マニュアルは、「戦争においては、敵の服従のために必要な力の行使のみが許されている」(130項)と述べ、軍事的必要性にもとづく力の行使は「敵の服従」という戦争目的の範囲内でなされるべきとの見解を示している。また、イギリスの軍事マニュアルは、「他の方法で禁止されていない力の行使は、可能な限り早く敵の完全なまたは部分的な服従を達成するために必要である場合に正当である」(2.2.1(c)項)とし、さらにアメリカの軍事マニュアルも「軍事的必要性は時間、生命および物理的資源の最小限の損失で敵の部分的または完全な服従のために必要でないあらゆる種類または程度の力の行使を禁止する」(5.3.1項)と規定する<sup>(20)</sup>。この英米の軍事マニュアルは、軍事的に必要な行為が許容されるための条件のうち、敵の服従という戦争目的の範囲をより詳細に制限しようとしているものと考えられる。このように戦争目的の範囲が限定されるのは、イギリスの軍事マニュアルが述べるように、「必要のない力の使用は、不当な殺人または破壊を伴うため違法である」(2.2.1(d)項)と考えられるためであるといえる<sup>(21)</sup>。換言すれば、この立場は、戦争目的を詳細化して戦争の惨害等を軽減する機能を軍事的必要性の概念自体に見いだしているという意味において、軍事的必要性の機能のなかでも敵対行為禁止・制限機能に注目する考え方であると評価することができよう。

軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能については、軍事マニュアルだけでなく、学説上もこれに注目するものが存在する。たとえばコルブは、軍事的必要性の機能を遠心的な力(暴力の拡大)と向心的な力(暴力の制限)に分け、後者が許容される暴力を制限するように作用すると述べる。さらに、無益なことは法上常に違法である、なぜならそれは必要性がないからであるとも述べている<sup>(22)</sup>。また、カウリングは、「軍事的必要性により容認された措置は、軍事的目的の達成のために不可欠でなければならず、それゆえ他の種類の目的の達成のためのいかなる措置も禁止される」との見解を示している<sup>(23)</sup>。フィリップソンも、「作戦を遂行するために絶対的に必要である以上に大

きい暴力を用いるべきではない」と述べている。<sup>(24)</sup>これらの見解は、<sup>(25)</sup>各国の軍事マニュアルと同様に、軍事的必要性の概念自体に、敵対行為禁止・制限機能が内在することを確認するものであると考えられる。

以上から、軍事的必要性により武力紛争法上の義務からの逸脱が認められるのは、基本的に明示の規則が存在する場合に限定され、さらに戦争目的の範囲も軍事的必要性の概念自体により特定できるものと考えられているといえる。確かに、各国の軍事マニュアルは、人道の考慮による制約を否定しているわけではないが、ただちに人道の考慮による制約を考えるのではなく、第一義的には軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能にもとづいて制約を加えることが重要であるとの立場をとっている。つまり、軍事マニュアルは、武力紛争法の実際の適用の場面を想定しているがゆえに、軍事的必要性の義務逸脱機能と敵対行為禁止・制限機能のバランスを不可欠の要素とみなしているものと考えられるのである。

これまでの検討から、軍事的必要性の消極的側面である義務逸脱機能を強調し、これを人道の観点から制約しようと試みる見解がある一方で、軍事的必要性の積極的側面である敵対行為禁止・制限機能の存在を認め、軍事的必要性の概念それ自体による敵対行為の許容範囲の制約を図ろうとする見解も存在していることがわかった。以下では、これらの見解のうちのいずれが実定国際法上の諸国の法認識を適切に反映しているのかを明らかにするために、19世紀以降の軍事的必要性の発展の経緯をたどっていくことにする。

## 第2節 19世紀における軍事的必要性

### 1 アメリカの実践における軍事的必要性

軍事的必要性の概念が登場するのは、主に19世紀以降のことである。ドイツでは学説により軍事的必要性に関係する理論が発展していったのに対し、<sup>(26)</sup>アメリカでは国内の裁判実践や立法を通じて軍事的必要性の内容の明確化が図られていくことになる。

19世紀前半のブラウン事件判決（アメリカ連邦最高裁、1814年）では、米英戦争中のアメリカ市民によるイギリス人財産の徴用が争点となったが、その際、政府による敵財産の徴用に関しても言及がなされた。そのなかで裁判所は、「政府の権力を尊重することは、疑問の余地なく受け入れられている。戦争が人を捕らえ敵財産を没収する完全な権利を主権者に与えることは、容認されている」<sup>(27)</sup>と述べている。ここでは、政府による敵財産の没収が許容されることが示されているが、本件の争点と直接的にかかわる論点ではないこともあり、軍事的必要性との関係でどのように許容されているのかなど、細部にまで踏み込んだ議論はなされなかった。

その後、ミッチェル対ハーモニー事件（アメリカ連邦最高裁、1851年）において、米墨戦争中のアメリカ陸軍将校によるメキシコ市民の財産の没収が争点となった。裁判所は、押収を正当化するためには、差し迫った危険があるか、または公的使用のために徴用する緊急の必要性がなければならないとしたうえで、本件においてはそのどちらも存在しないため、私有財産の押収は正当化されないと判示した<sup>(28)</sup>。先述の各国の軍事マニュアルが、主に戦争目的の観点から軍事的必要性にもとづいて許容される敵対行為の範囲を限定しようとしていたのに対し、本判決は、私有財産の押収が認められるための具体的条件として差し迫った危険や緊急の必要性を挙げ、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の内容を明確化している点は注目に値する。

こうした判決を経た後、1861年に勃発した南北戦争に際して、アメリカの軍事マニュアルたるリーバー法典が作成された。この文書は、軍事マニュアルであり条約ではないが、<sup>(29)</sup>軍事的必要性に関する詳細な規定を設けているため、軍事的必要性の研究を行うにあたっては、今日なお注目を集めている。リーバー法典は、まず14条において本稿の冒頭で取り上げた軍事的必要性の定義を規定している。続いて、15条では、武装した敵への攻撃や武装した敵の捕獲など、軍事的必要性により認められる敵対行為が列挙されている。これに対し、16条では、残虐行為や戦闘外での傷害など、軍事的必要性が無い



として認められない行為が列挙されている。リーバー法典のこれらの規定は、ある敵対行為が許容されるか否かについて、軍事的必要性の有無がその判断基準となっていることを示している<sup>(31)</sup>。

これに加えて、リーバー法典は、特定の敵対行為の禁止義務を定める条文においても軍事的必要性に言及している。たとえば38条は、「私有財産は、……軍事的必要性によってのみ押収できる」と規定する。この私有財産の押収は、15条にいう軍事的必要性があり一般に許容される行為とも、16条にいう軍事的必要性がないために常に禁止される行為とも異なる。つまり、私有財産の押収は一般に禁止されるものの、軍事的必要性により認められる場合には、私有財産の押収は許容されることになる（義務逸脱機能）。しかし、私有財産の押収は、無条件に認められるのではなく、時と場合に応じて許容性の可否が異なる軍事的必要性の解釈問題であるといえる（敵対行為禁止・制限機能）。つまり、押収行為の許容性は、軍事的必要性の義務逸脱機能と敵対行為禁止・制限機能とのバランスのなかで決定されることになるのである<sup>(32)</sup>。

以上のように、アメリカの国内実践は、とりわけ敵国民の私有財産の没収に関して、軍事的必要性による没収を一般に禁止しつつも、一定の場合に軍事的必要性により許容されるとの立場をとっている。しかし、差し迫った危険や緊急の必要性などの条件を課すことで軍事的必要性により許容される場合を限定している。このような実践は、軍事的必要性に義務逸脱機能を認めつつも、軍事的必要性の概念に内在する敵対行為禁止・制限機能を通じて義務から逸脱できる範囲や条件が決定されるとの考え方を示すものと評価することができよう。

## 2 軍事的必要性和人道の考慮による重疊的制約—サンクトペテルブルク宣言

軍事的必要性の概念が多数国間条約として初めて規定されることとなったのは、1868年に採択されたサンクトペテルブルク宣言においてである。同宣

言は、前文と400グラム未満の爆弾の使用禁止を規定する本文のみから成る条約であるが、そのなかに軍事的必要性の概念が凝縮されているといえる。

まず、同宣言は、前文の第1段落において、「国際軍事委員会が……戦争の必要が人道の要求に譲歩すべき技術上の制限を全会一致で確定した」ことを確認している。ここで示されている「戦争の必要」すなわち軍事的必要性の観念は、ある敵対行為を許容する際に問題となるものである。そのため、この文言に着目したうえで、軍事的必要性の範囲は可能な限り狭められるべきとする見解もみられる。<sup>(33)</sup>ただし、前文の第1段落は、条約の規制対象とされている400グラム未満の爆弾の使用が禁止されるに至ったのは、それを使用する「戦争の必要」がさほど高くなく、「人道の要求」への配慮が可能となったからであるということも同時に示している点<sup>(34)</sup>には注意が必要であろう。

他方で、軍事的必要性が高くない場合、人道の考慮に依拠せずとも、軍事的必要性の概念自体のなかで内在的な制約を課すことがある。サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の核心たる戦争目的に関して、前文の第3段落から第5段落において、「戦争中に諸国が定めるべき唯一の正当な目的は敵軍隊の弱体化」であることを規定し（第3段落）、この戦争目的を達成するためには「可能な限り多くの者を戦闘外におけば十分」であり（第4段落）、「すでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大させ、またはそれらの者の死を不可避とする兵器の使用は、この目的の範囲を超えるであろう」と定める（第5段落）。このように戦争目的に照らして軍事的必要性の有無を判断する立場は、先述のリーバー法典の14～16条と同様、戦争目的に適う敵対行為は許容されるが、戦争目的に反する敵対行為は認められないという考え方に基礎をおいている。この点において、サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を内包していることができるのである。

このように、戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大させる兵器は、戦争

目的の範囲を超えると考えることができるが、戦争目的の範囲を超えた場合に必ず戦争法に違反することになるかどうかが問題となる。この点、前文の第6段落は、「このような兵器の使用は人道の法（*lois de l'humanité*／*laws of humanity*）に反するであろう（*serait … contraire*／*would … be contrary*）」と述べている。この文言を解釈すると、まず動詞句が条件法であることから、人道の法に反するかどうかは、個別具体的な状況に応じて判断すべき解釈問題であるといえよう。また、人道の法が *droit* ではなく *lois* であり、法の無い場合に考慮されるマルテンス条項に含まれる人道の法と同じ文言であることに鑑みると、人道の法は実定戦争法と同義にとらえることはできない。これらのことを勘案すると、人道の考慮の観点から、あるいは人道の考慮と軍事的必要性の重疊的な制約によって戦争目的に反する行為ないし軍事的必要性を満たさない行為が即座に戦争法違反になると考えることは、適切ではないといえるであろう。

このように、サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の内在的制約や人道の法による敵対行為の制限を挙げることで、400グラム未満の爆弾の使用が禁止されることの理由を示すのである。このことは、400グラム未満の爆弾の使用禁止の根拠にまで踏み込むことで、仮に総加入条項の効果としてサンクトペテルブルク宣言の締約国が形式上は条約義務から解放されるとしても、軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能や人道の法による制約の観点から、400グラム未満の爆弾の使用を禁止・制限する余地を残そうとする意図があるものと考えられよう。つまり、サンクトペテルブルク宣言は、戦争の当事国に明文上の禁止義務が課されていない場合においても、軍事的必要性が、戦争目的との関係で、あるいは人道の法と相まって、一定の制約を課しうるとの立場をとっていると評価することができるのである。<sup>(35)</sup>

### 3 軍事的必要性の有用性に対する疑問—ハーグ陸戦条規

#### (1) ハーグ陸戦条規内の明文規定の意義

19世紀も末、1899年に、複数の国際法分野の法典化を目的として、ハーグ

平和会議が開催された。その法典化作業の成果の1つとして作成されたのが、陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（ハーグ陸戦条約）およびその附属規則である陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（ハーグ陸戦規則）である（以下、両者を合わせて「ハーグ陸戦条規」とする）。

ハーグ陸戦条規は、1871年に採択されたブリュッセル宣言の条約化を意図して作成されたものである。ブリュッセル宣言は、非拘束的文書ではあるものの、文明国の間で確立された慣習を法典化したものとして評価されている。<sup>(36)</sup> そのブリュッセル宣言を起草した会議においてロシアにより用意された草案3条には、「戦争目的を達成するために、戦争の法規・慣例に合致し、かつ戦争の必要性により正当化されるすべての手段およびすべての措置は許される」との文言が含まれていた。<sup>(37)</sup> しかし、本条は起草過程で削除されることとなったため、ブリュッセル宣言に軍事的必要性に関する一般条項はない。ハーグ陸戦条規は、このようなブリュッセル宣言を引き継ぐこととなったため、サンクトペテルブルク宣言とは異なり、軍事的必要性については、条約前文と規則23条（g）および49条においてわずかに規定するのみとなっている。<sup>(38)</sup>

ハーグ陸戦条約の前文で今日でも脚光を浴びるのは、条約規定のない場合にも「慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求」に従うべきとする、いわゆるマルテンス条項である。これにより交戦者は、必ずしも明文の条約規定がなくとも、戦時においては常に人道の法則に従って行動することが要求されることとなった。これに対し、軍事的必要性に関する言及はあまり注目を集めないが、それに続く段落において、「軍事上ノ必要ノ許ス限努メテ戦争ノ惨害ヲ軽減スルノ希望ヲ以テ定メラレタ」ものであるとの認識が示されている。<sup>(39)</sup> この前文の文言から、同条約は軍事的必要性の許す範囲で作成されたことがわかる。つまり、実際には条約を作成する大前提として軍事的必要性が考慮されており、軍事的必要性のない行為が禁止され、また低い行為は制限されるべきとの認識のもとで、各規則の作成が行われたと解することができるので

ある。

他方で、個別の条文に軍事的必要性が明記されたのは、占領国の課税に関するハーグ陸戦規則49条のほか、敵財産の破壊・押収に関する23条（g）のみである。同条は、「戦争ノ必要上万已ムヲ得サル場合ヲ除クノ外敵ノ財産ヲ破壊シ又ハ押収スルコト」を禁止している。このような軍事的必要性がない場合の敵財産の破壊・押収の禁止は、アメリカの判例やリーバー法典にもみられた規則であり、ハーグ陸戦条規が採択された時点で慣習法化していたと考えられる。また、公定訳の「万已ムヲ得サル」の文言は、フランス語では“impérieusement”、英語では“imperatively”であり、本条の内容は戦争の必要性により絶対的に要請される場合にのみ敵財産を押収できるということである。このことは、ただ軍事的必要性があるというだけでは財産を押収できず、高い軍事的必要性がある場合にのみ押収できることを意味し、<sup>(41)</sup>軍事的必要性の低い行為は、「戦争ノ惨害ヲ軽減スル」ために禁止されることを示しているのである。

以上の検討から、ハーグ陸戦条規は、①明文で規定されている義務逸脱機能と、②軍事的必要性への言及を含む条文を解釈するときだけでなく、明文規定のないときにも機能する敵対行為禁止・制限機能の双方を規定しているといえる。換言すると、ハーグ陸戦条規は、①について、絶対的な要請によって初めて義務からの逸脱が認められるとすることで、軍事的必要性にもとづく敵財産の破壊・押収が許容される範囲を相当程度限定する一方、条約前文で②の敵対行為禁止・制限機能を示すことで、仮に明文規定がない場合でも紛争の惨害等を軽減する方向での法規制を行える余地を残そうとしているのである。しかしながら、文言上は極めて簡素なかたちにとどまっているため、前述のサンクトペテルブルク宣言と比べてその存在意義がみえにくくなったことも事実である。それゆえ、マルテンス条項にあらわれる人道の考慮が脚光を浴びることになったこととも相まって、軍事的必要性の意義はあまり顧みられなくなっていったのである。

## (2) 戦数の影響による軍事的必要性概念の局限化

ハーグ陸戦条規において、軍事的必要性に関する規定がほとんどみられなくなった原因として、上述の人道の考慮を優先する傾向だけでなく、軍事的必要性の定義や機能について各国の間で合意できなかった点も挙げることができる。その主たる原因は、多くの欧米諸国にみられる軍事的必要性の考え方と、ドイツにおける戦数理論との対立にあった。戦数とは、交戦国が戦争法規を守ることによって自国の重大利益が危険にさらされるような例外的な場合には戦争法の拘束から解放されるとする理論、すなわち、「戦争の必要が戦争法に優先する」という考え方である<sup>(42)</sup>。これに対して、他の欧米諸国は、戦争の必要性は略奪の禁止などの明文化された禁止規則からの逸脱までも許すものではないと考えていた<sup>(43)</sup>。

ハーグ陸戦条規において、軍事的必要性があまりみられなくなったことに戦数が影響を与えた理由は、戦数そのものが軍事的必要性の考え方の1つであるためである。“Kriegsraison” というドイツ語の訳語としての戦数という用語から推測することは困難であるが、仮に戦数を英訳すると“necessity of war”<sup>(44)</sup> ないし “military necessity” となる。戦数は、戦争目的達成のために不可欠のものであるという点で一般的な軍事的必要性和共通する点を有しているが、両者は戦争法を超えて認められるか、あるいは戦争法の範囲内でのみ認められるかという点で立場が大きく異なることになる。敗北を避け勝利を得るために、交戦国が戦争法の拘束から免れるのは当然であるとするのが戦数の考え方である。この戦数の理論が展開されることにより、戦数を含めた広義の軍事的必要性に向けられる関心は、戦争法の遵守の安定性を阻害しないかどうか、条約の実効性を害しないかどうかといった消極的観点に集中することになった。こうして、注目が集まるのは概して軍事的必要性の義務逸脱機能となり、その反面、敵対行為禁止・制限機能は一層影をひそめることとなったのである。

### 第3節 第2次世界大戦後の軍事的必要性に関する議論の展開

#### 1 抗弁事由としての軍事的必要性—第2次世界大戦後の戦争犯罪裁判

軍事的必要性和戦数との論争は決着をみないまま第2次世界大戦を迎え、<sup>(46)</sup>ナチス・ドイツは戦数にもとづいた戦争法からの逸脱を繰り返すことになる。その後、第2次世界大戦に敗れたドイツの将兵らは、大戦中の戦争犯罪について、ニュルンベルク国際軍事裁判所や各国の軍事裁判所においてその責任を追及されることとなった。それらの裁判においては、大戦中に行われた戦争法違反について、戦数を含めた広義の軍事的必要性にもとづく抗弁が数多くなされたが、<sup>(47)</sup>少なくとも戦数理論にもとづくものはすべて否定されることになった。<sup>(48)</sup>

これらの裁判所の判決では、軍事的必要性の有無が敵対行為の許容性の判断基準として用いられている。たとえば、ペレウス号事件（英国軍事裁判所、1945年）では、ドイツの潜水艦が連合国の商船ペレウス号を撃沈した際、いかだに乗り、または浮遊する木片につかまって生存していた乗組員を皆殺しにしたことが問題となった。<sup>(49)</sup>被告人エックは、自らの潜水艦を守るためにペレウス号のあらゆる形跡を消すことが軍事作戦上必要であったとの抗弁を展開した。これに対して裁判官は、現場で巡航していた5時間の間にそこから逃げれば足りたとする法務官の指摘を受け、本件殺害行為は作戦上必要なかったとしてエックの有罪判決を下している。つまり、海戦における人命救助に関する明文の条約規定がないなかでも、ある敵対行為が軍事的必要性により正当化されるかどうかは、より危害の少ない他の代替手段の存否に照らして判断されるという意味において、本判決は軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の重要性を示した先例と位置づけることができよう。

ハーグ陸戦規則のなかで唯一軍事的必要性への明示的言及のある敵財産の破壊についても、軍事的必要性にもとづく抗弁がなされた事例がある。マンシュタイン陸軍元帥事件（英国軍事裁判所、1949年）において、被告人は、占領したロシア領域から退却するにあたり、ロシア軍の追撃を遅らせるため

に建物を破壊し、またゲリラ活動やその後の労働力の増加を防ぐために住民を立ち退かせたが、これらは軍事的必要性により正当化されると主張した。これに対し、法務官は、ハーグ陸戦規則23条(g)の「戦争の必要性」は単なる利益ではなく、さらに絶対的なものでなければならないと主張した。結局、本件で有罪となったのは住民の大量移送に関してのみであり、財産の破壊については無罪となった。この無罪の理由は述べられていないものの、23条(g)は本来義務逸脱機能を規定しているものである一方、本判決は義務からの逸脱を無条件に認めるのではなく、法務官の主張にみられる軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能との関係を考慮したうえで義務からの逸脱を容認したと解すことのできる事例と考えることができる。<sup>(51)</sup>

このように、各国の軍事裁判所等で軍事的必要性の概念について明確化・精緻化が図られたことは意義のあることであった。実際の裁判では、ペレウス号事件のように、明文の条約規定がないなかでも、戦争の惨害等を軽減するために、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能から戦争犯罪についての有罪が決定された事件があったことは忘れてはならない。しかし、被告人が軍事的必要性にもとづく抗弁をするたびにそれが否定されるという裁判の繰返しは、軍事的必要性に消極的な印象を与える結果ともなった。軍事的必要性は、違法または不当な行為を擁護する言い訳として用いられるものであり、認められるべきではないという動向である。さらに、戦数を否定する文脈で、条約上の義務からの逸脱は、軍事的必要性にもとづく逸脱が明文の規定で許されるのでない限り、認められるものではないことが強調された。他方で、先述のとおり、ハーグ陸戦規則において軍事的必要性による義務逸脱を明示的に認める規定は極めて少ない。こうした経緯から、軍事的必要性の義務逸脱機能が妥当する範囲もまた、極小化して考えられるようになっていったのである。

## 2 国連憲章上の武力不行使原則の影響

第2次世界大戦の終結に伴い、軍事的必要性の存在が消極的にとらえられ



ようになった理由は、一連の戦争犯罪裁判だけにあるのではない。より大きな理由として、国連憲章において、戦争を含む武力行使を禁止する武力不行使原則が規定されたことを挙げることができる。戦争の存在を前提とする戦争法は、武力行使が全般的に違法化された以上その存在価値を失ったようにも思われる。しかし、武力紛争が現実になくなったわけではなく、既存の戦争法のすべてが必要なくなったわけではない。<sup>(52)</sup>そのため、国連国際法委員会（ILC）では、自らが行う法典化作業の対象に戦争法を含めるべきか否かについて議論が交わされた。

ILCの議論の過程では、戦争法を法典化の対象に含めるべきであるとの考えも少なくなかった。たとえば、まずフランソワが、空戦に関する法規が時代遅れになっていることなどを指摘している。<sup>(53)</sup>またセルは、憲章が戦争を違法化したため、戦争法、すなわち犯罪行為を行う国家の権利に関する法の問題は実際にはもはや存在しないが、委員会は国際関係における武力行使の規制を検討する必要があるため、別のトピック名に変えて検討すべきと主張した。<sup>(54)</sup>シューも、安保理により命じられる戦争があることや自衛の戦争の可能性などなどに言及して、戦争法に関する規則を起草することが不可欠であるとしている。<sup>(55)</sup>

ただし、セルが国際警察力の使用規制ないし国際刑事法のかたちで法典化すべきであると述べているように、<sup>(56)</sup>従来からの戦争法をそのまま法典化の対象に含めることには一致した懸念があった。また、コレツキーのように、委員会が戦争法の法典化を行えば、委員会は第3次世界大戦の政治的および法的準備に参加していると非難されうるため、委員会は全面的に戦争法の議論を拒否すべきであるとの意見もあった。<sup>(57)</sup>ブライアリーも、戦争法を委員会の研究題目リストに含めることを否定したが、<sup>(58)</sup>そのブライアリーが示した理由が総会に提出する下記の報告書草案に記載されることとなった。

報告書草案では、委員会は戦争法を法典化項目の対象外にすることが宣言された。その理由として、委員会がまさに自らの作業の開始時にこの研究に

着手すれば、国連の平和維持任務の実効性に対する世論の信頼を失うであろうことが挙げられている。さらに、国際紛争の平和的解決の題目を法典化の対象から外したため、より一層戦争法の問題は扱うべきではないことが最後に<sup>(59)</sup>付言されていたが、この1文は最終的に削除されるに至った。

戦争法が実際には必要であるにもかかわらず、ILCの法典化対象項目とされなかった大きな理由は、国際世論にある。当時まだ第2次世界大戦の恐怖が世界の人民の記憶に新しかったため、ILCが戦争法の主題を扱えば、その行動は国際世論に不幸な精神的影響を与えうることが懸念された。<sup>(60)</sup>こうした世論の影響により、かつてのように、その新しい法規を決闘のルールとして位置づけることはもはやできず、交戦「国」とは別の、<sup>(61)</sup>戦闘の外にある「個人」の保護を法益とする法規が求められることになった。<sup>(61)</sup>そのため、まさに国の法益をあらわす軍事的必要性について語ることは、一層困難になっていたのである。

### 3 1949年ジュネーヴ諸条約における軍事的必要性

上述のとおり、武力不行使原則の確立の影響を受けるかたちで、戦争法の議論を従来どおり行うことを忌避する傾向が生まれ、人道の考慮が主たる議論の対象となっていた。そのため、第2次世界大戦後は、敵対行為の実施を規制するハーグ法は法典化の対象から外され、戦闘の外にある者(hors de combat)<sup>(62)</sup>の保護に関するジュネーヴ法のみが法典化の対象とされた。その結果できあがったのが、傷病者に関する第1条約(傷病者条約)、海上の傷病者に関する第2条約(海上傷病者条約)、捕虜に関する第3条約(捕虜条約)、文民に関する第4条約(文民条約)の4つの条約(ジュネーヴ諸条約)である。第1～3条約が既存の条約の改定に基礎をおいているのに対し、文民の保護を直接に規定した第4条約は画期的なものであった。

ジュネーヴ諸条約は、軍事的必要性に対する消極的な風潮が漂うなかで起草されたため、軍事的必要性を積極的に位置づけるような定義条項は当然設けられなかった。そして、ハーグ陸戦条約までは前文にその姿をみせていた

軍事的必要性は、ついに個別条文にしか規定されなくなった。とりわけ第1～3条約においては、軍事的必要性は一般に、条約上重要な位置づけを与えられていない。たとえば、「緊急な軍事上の必要がある場合に」衛生機関の建物や材料を使用できることを規定する第1条約33条2項や、「緊急な軍事上の必要がある場合に」傷病者の看護を確保した後に軍艦内の病室を他の目的に使用できることを規定する第2条約28条、軍事的・政治的理由により、できる限り短い期間で捕虜の通信を一時的に禁止できることを規定する第3条約76条3項<sup>(63)</sup>などがある。

このように、ジュネーヴ諸条約においては、軍事的必要性はあまり重要性を与えられていないかにみえる。しかし、条約の起草過程をみると、各国が軍事的必要性を無視ないし軽視していたと単純に評価することはできない。たとえば、占領地住民の国外移送の「物理的必要性」に関する第4条約草案45条の議論のなかで、ソ連による同文言の削除案に対し、アメリカは日本に移送されたウェイク島の住民の例を挙げ、小さな島内での立退きが物理的に不可能な場合があることを指摘し、物理的必要性という文言の維持を主張<sup>(64)</sup>している。また、占領地の私有財産の破壊の禁止に関する同草案48条Aの議論においては、ソ連が、レニングラードなどの町は軍事的必要性がないにもかかわらずドイツの爆撃により破壊されたことを想起し、このようなことが繰り返されてはならないと述べている。このような起草過程における議論からも、各国はそれぞれの行為の軍事的必要性の有無について、具体的な事態を想定しつつ条文の起草を行っていたことを看取することができる。<sup>(65)</sup>

また、利益保護国の活動については、共通8条（第4条約のみ9条）として4つの条約すべてに規定されているが、草案ではそのすべての条約に軍事的必要性にもとづく活動制限条項が設けられていた。これに対し、ニュージーランドが、捕虜と文民の保護は利益保護国による監視や報告にまさにその本質があるため、傷病者の保護に関する第1条約や第2条約とは異なり、第3条約と第4条約からは軍事的必要性による活動制限条項を削除すべきとの

提案を行った。この提案に対しては、ソ連が現実活動に制限しなければならない軍事的必要性がある場合を指摘し反対したが、それ以外に反対はみられず、そのまま投票に付された。その結果、第3条約については23対6（棄権6）で、第4条約については25対0（棄権9）でニュージーランドの削除案が採択されている。<sup>(66)</sup>

この起草経緯からも、各国が各条文の細部にわたるまで軍事的必要性の有無を入念に検討していたことや、軍事的必要性に言及のない条文においても軍事的必要性が考慮されていたことがわかる。しかし、こうした入念な検討が行われた結果、かえって軍事的必要性は明文上にあまり反映されないこととなったことも確かである。そのため、しばしばこのような条約の文言だけを見て、ジュネーヴ諸条約においては、人道の考慮が軍事的必要性に勝ったと評価されることがある。<sup>(67)</sup> 確かに、人道の考慮が条約全体に通底している一方で、軍事的必要性は明文上重要な位置づけを与えられていない。しかし、これらの条約がいわゆるジュネーヴ法を規定するものであり、条約の被保護対象が戦闘外にある者または自国の権力下におかれている者である点には注意しなければならない。軍事的必要性の観点からも、そもそも彼らを殺傷することは、戦争目的の達成に資さないため軍事的必要性を見いださうものではない。<sup>(68)</sup> 武力不行使原則の確立や戦後の戦争犯罪裁判にもとづく風潮とも相まって、人道の考慮にもとづく規制のみが強調されることとなったが、条約交渉の過程からも、より根本的には、戦闘外にある者または自国の権力下にある者に対する敵対行為はそもそも軍事的必要性がないという考慮がこうした規制のあり方を可能にしていたともいえる。そのため、戦闘外にある者・自国の権力下にある者を対象とするジュネーヴ諸条約の規律範囲においては、軍事的必要性和人道の考慮を対立的・対抗的な概念にとらえるよりも、軍事的に必要な行為を人道的観点から禁止するという意味で、両概念が相互補完的な関係にあるとみた方がより適切であると考えられよう。<sup>(69)</sup>

### 第3章 ジュネーヴ諸条約第1追加議定書上の軍事的必要性

#### 第1節 人道の考慮への関心の拡大

ジュネーヴ諸条約の採択時には、第2次世界大戦の影響がなお強く、軍事的必要性の概念が戦争の積極的な遂行と強く結びつきうるとの懸念が強く存在していた。その一方で、国連はいわゆる平時における人権の保護への取組みを徐々に強化していくことになる。1949年にジュネーヴ諸条約が採択される1年前には、すでに世界人権宣言が採択されているが、1966年に国際人権両規約が採択されたことは、そのもっとも大きな成果であるといえよう。

その後も人権保障への関心は拡大し続け、武力紛争時にも人権は尊重されるべきという傾向があらわれ始める。国連が最初に武力紛争時における人権問題に着手したといわれるのは、世界人権宣言から20周年にあたる1968年にテヘランで開かれた国際人権会議の際である<sup>(70)</sup>。同会議で採択された「武力紛争における人権」と題する決議は、1949年のジュネーヴ諸条約などの規律範囲がなお不十分であることなどを考慮しつつ、事務総長に国際人道法に関する条約のよりよい適用の確保や改定の必要性について研究することなどを要請した<sup>(71)</sup>。このイニシアティブを引き継ぎ、国連総会が同年に「武力紛争における人権の尊重」と題するテヘラン会議の決議と同旨の決議2444を採択したが、本決議は国連が戦闘の外にある者の保護等に関するジュネーヴ法のみならず、戦闘手段・方法の規制等に関するハーグ法にまで関心を有していることを示す文書となっていた。さらに、これらの決議の要請を受け、1969年と1970年に同じく「武力紛争における人権の尊重」と題する大部の報告書が国連事務総長により提出されたが、同報告書では当時の新しいタイプの武力紛争における人民の保護に関する多くの問題が明らかにされることになった<sup>(73)</sup>。

このような国連の関与により、国際社会には人権ないし人道の見地から武力紛争法を取り上げる傾向が次第に拡大していくことになった。そして、国連と ICRC との間で協議がなされた後、1973年に ICRC により1949年のジュ

ネーヴ諸条約に関する2つの追加議定書の草案が用意された。<sup>(74)</sup> こうして、両追加議定書が作成される1974年から1977年の「国際人道法の再確認と発展に関する外交会議」は、1949年のジュネーヴ諸条約の起草時に比べても、人道の考慮が一層強く意識されるなかで行われることとなった。戦争法や武力紛争法という名称に代わり、ピクテが提唱した国際人道法という名称が一般的に使用されるようになるのもこの頃からである。<sup>(75)</sup>

## 第2節 武力紛争時における軍事的必要性の機能

### 1 軍事的必要性による義務逸脱の明文規定

ジュネーヴ諸条約第1追加議定書の起草作業は、前節で述べた流れを受け、国連やICRCによりつくりあげられた人道の考慮重視の雰囲気の中で始まった。1971年3月に開かれた赤十字専門家会議では、当時のICRC総裁であるナヴィル(Naville)が次のように述べている。<sup>(76)</sup>

「人道法の起草において、政府案と外交会議案が接近するにつれ、国家安全保障の要求または軍事的必要性と呼ばれるものが一層顕著になっている。確かに、すべての実効的な規則はそのことを考慮しなければならない。しかし、赤十字は全体として、一定の基本的な人道の要請が他のあらゆる考慮に優位することも理解させなければならない。」

これを受け、同年5月から6月にかけて開かれた政府専門家会議では、新しい人道の要請のもと追加的な文書を作成する必要性があることが確認された。<sup>(77)</sup> しかし、こうしたICRCの立場に対し、多くの専門家は会議の作業は現実的アプローチにもとづいて行われるべきであることを主張していた。さらに、政府によって受け入れられる文書の準備が必要であるとされ、「人道の要請」と「軍事的必要性」の間の不可欠の調和、および理想と現実の間の必要なバランスが強調された。<sup>(78)</sup> このように、決議等の非拘束的文書ではなく、国家を拘束する条約の作成となると、国連やICRCの場で示される国際社会の趨勢と国家の武力紛争に関する認識との間に齟齬が生まれてきていること

がわかる。

しかし、このような各国の専門家の意見に耳を傾けつつも、1973年に ICRC により作成された第1追加議定書の草案は、<sup>(79)</sup>軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱をほぼ認めないものとなっていた。草案で明示的に軍事的必要性に言及されていたのは、「絶対的な軍事的必要性がある場合を除き、紛争当事国は、文民団体がその任務を自由に遂行することを許可しなければならない」と規定する、文民保護組織の活動に関する草案55条1項のみであった<sup>(80)</sup>（現62条1項）。

しかし、外交会議の過程で、軍事的必要性を含む規定が新たに3つ設けられることとなった。1つ目は、文民保護組織について規定した上記の草案55条の3項である。同項は、文民保護組織が使用する建物や物品の破壊の禁止を規定していた。この条文について、デンマーク等5か国の共同提案として、「絶対的な軍事的必要性がある場合を除き、文民保護のために用いられる物を破壊または使用目的を変更してはならない」と修正する案が提出された<sup>(81)</sup>。その後、文民保護組織は軍によるものと軍以外によるものとに分けられることになるが、<sup>(82)</sup>敵対当事者の権力内に陥った軍の文民保護組織の物品・建物については、軍事的必要性がある場合には使用目的の変更が許されることとなった<sup>(83)</sup>（現67条4項）。

2つ目は、救済要員の活動についてである。草案では、62条で救済活動に関する一般規定が用意されていたが、救済要員についてより具体的に規定することが求められ、第2委員会の作業部会で草案62条の2として救済要員に関する規定が採択された<sup>(84)</sup>。その62条の2の3項に、「絶対的な軍事上の必要がある場合に限り、救済要員の活動を制限し、またはその移動を一時的に制限することができる」との文言が挿入されることとなり、この規定が現在の71条3項となっている。

3つ目は、文民たる住民の生存に不可欠な物の保護についてである。この保護については、文民に関する一般規定として草案48条に、また紛争当事者

の権力下にある者の待遇として草案66条に規定されていた。これらはほぼ同内容の保護を規定するものであり、理由のいかんを問わずその破壊や移動を禁止する条文であった。このうち草案66条2項の文言を、「48条に含まれる禁止は、それからの逸脱が絶対的な軍事的必要性によって要求される場合を除き、自国の支配下にある紛争当事国の国家領域に適用される」とする修正案が、オランダ、イギリス、アメリカにより提出された。<sup>(85)</sup>その後、草案48条と66条は統合され現54条となるが、この軍事的必要性による逸脱を認める修正案は、必要な修正を加えて同条5項に結実することとなった。

以上の4か条が、第1追加議定書において軍事的必要性の義務逸脱機能を明示的に認めた規定である。1949年のジュネーヴ諸条約では、合計19の条文で軍事的必要性に言及がなされていたのに比べると、その数はかなり減少している。さらに、人の殺傷にかかわる最重要規定については軍事的必要性による例外を認めていない点などに鑑みると、ジュネーヴ諸条約以上に人道の考慮が全体に通底している第1追加議定書においては、一見するともはや軍事的必要性は重要視されていないようにも思われる。しかし、起草過程やICRCのコメンタリをみると、軍事的必要性は条約規定の作成や解釈のいたるところで重要な考慮要因となっていることがわかる。

## 2 ハーグ法上の一般規則の解釈における軍事的必要性の機能

ジュネーヴ諸条約においては、もっぱらジュネーヴ法に属する規則のみが規定されることとなったが、第1追加議定書においては、ハーグ法に属する規則も導入されることになった。しかし、こうして導入されたハーグ法の諸規則に、特定の兵器の規制のような具体性の高い規則はなく、規定された規則はより一般的・包括的なものがほとんどである。そのため、これらの条文は機械的な適用を許すものではなく、とりわけ軍事的必要性の解釈を通じた条約規定の内容の特定が必要になるのである。

まず、35条1項は「いかなる武力紛争においても、紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」と規定するが（ハーグ陸戦規則



22条と同旨）、その見出しが示すように、本項はハーグ法の「基本原則」（basic rules）の1つとして位置づけられる。本項における基本原則の内容は、たとえ具体的・明示的に規制されていなくとも、戦闘の手段・方法はさまざまな規制に服することを意味する。<sup>(86)</sup> ICRCは、この規則を説明するために、コメントリにおいて学説にも依拠しつつ軍事的必要性について詳述している。<sup>(87)</sup> ICRCは、まず武力紛争法が軍事的必要性和人道の考慮のバランスにもとづいた妥協であることに触れたのち、特定の兵器の規制については長い間議論を交わしたが条約に含められなかったため、35条2項（不必要な苦痛を与えることの禁止）のような一般原則に一層の重要性が与えられなければならないことを記している。<sup>(88)</sup> さらに、軍事的必要性が条文に含まれると不確実性の要素と恣意的な行動のリスクが加わるため、軍事的必要性に対しては1949年のジュネーブ諸条約のときから批判があったとし、人道や道徳による規制を強調している。<sup>(89)</sup> しかし、ICRCは、司法的および平和的手続による解決がとくに困難な武力紛争法は、他のいかなる法分野よりも明確性が不可欠であるにもかかわらず、<sup>(90)</sup> 現実にはこの明確性を犠牲にして合意が得られる点を懸念する。それゆえ、軍事的必要性に依拠した結果、解釈の裁量をもつこととなった軍司令官やすべての戦闘員が、信義誠実やマルテンス条項にもとづいて賢明に解釈することが求められるとの考えを示している。そして改めて、戦闘員が基本的な人道の要請から決して免除されないことを確認し、ローターパクトの学説に依拠しつつ、この分野の法は既存の法ではなく説得的な人道の考慮に依拠して形成されなければならないと結論するのである。<sup>(91)</sup>

このように、ICRCは軍事的必要性を批判的にとらえたうえで、条文解釈のなかで、選択する戦闘の手段・方法を許容的に認める軍事的必要性に制約を課すものとして、人道の考慮を強調する。ただし、ICRCは、軍事的必要性の批判に終始するのではなく、<sup>(92)</sup> 下記のように軍事的必要性自体による戦闘手段・方法の制限にも言及している。

「軍事的必要性の概念は、例外的に、また明文で規定されている場合にの

み、一定の判断の自由を正当化するが、特定の場合に特定の作戦の成功を確保するために厳格に必要なものを超える程度の暴力は決して正当化できない。この規則は、ときに必要性は合法性の限度であるという格言によってあらわされる。必要最小限を超えるものはすべて違法であり、それは敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則にもとづいている。この原則は、議定書の具体的な規則にあらわれているが、それらの規則のみを支配するものではない。その影響力は、それらの規則以外の状況にも及ぶ。それは、紛争当事国は無制限の権利を有するものではないという原則から直接生じる。」

この言及からは、ICRCが軍事的必要性の義務逸脱機能を条文上に明記されている限りで認める一方で、軍事的必要性に内在する原則として敵対行為禁止・制限機能があることも認めていることがわかる。ここでは、必要性の範囲を最小限にまで限定することで、義務逸脱機能に一層の制約を課すことが試みられているといえよう。さらに、この敵対行為禁止・制限機能は、35条1項の内部にとどまらず、「敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則」であるとして、第1追加議定書に具体化されているか否かを問わず、あらゆる規則に通底する原則であることが示されている。このことは、武力紛争における敵対行為の合法性を判断する際には、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を考慮に入れるべきであるということを示すものと評価することができよう。

### 3 文民保護関連規則の導入

35条が原則として戦闘員に対する戦闘手段・方法の規制を念頭においた規定であるのに対し、文民(51条)や民用物(52条)の保護を直接的に規定する規則が導入されたことに伴って取り入れられたハーグ法規則もある。その典型例が、区別原則(48条、51条4項)、軍事目標主義(48条、51条5項(a)、52条2項)、および均衡性の原則(51条5項(b)、57条2、3項)である。これらはいずれも、軍事的に必要な文民・民用物への攻撃を禁止

する規則を反映したものであると説明されることがある。<sup>(93)</sup>確かに、文民を攻撃することそれ自体には軍事的必要性はなく、その限りにおいてはすべての場合に（51条1項）、絶対的な禁止がもたらされる（同2項）。しかし、戦闘地域において軍事目標でない文民や民用物と軍事目標たる戦闘員や軍用物とを区別することは容易でなく、また付随的損害を少なくし均衡性を保つためには軍事的に大きなコストが伴うこととなる。それゆえ、これらの一連のハーグ法規則に関しては、実際には軍事的必要性に特定の行為を許容する性格があることを前提としつつ、軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能による制約が同時に考慮されることになる。しかし、それだけでは不十分な場合、さらに人道の考慮にもとづく制約に依拠するかたちでの十全な文民保護が求められることになるといえよう。

これらのうち、軍事目標主義は、精力集中による軍事的コストの削減という攻撃する側と、一般住民が保護されるという攻撃される側との利害が一致し、両者にとって受入れ可能な規則であると考えられてきた。<sup>(94)</sup>しかし、實際上、文民を攻撃しないことにより確保される軍事的コストと、文民への攻撃を回避するために費やすコストとを衡量したとき、必ずしも前者が上回るとは断言できない。それゆえ、軍事目標主義に関する48条、51条5項（a）、52条2項の解釈としては、戦争目的の達成のために必要のない文民への攻撃を禁止する軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく規制と、人道の考慮にもとづく規制とが同時に加えられることで、軍事目標主義の義務が課されているという理解が正確であろう。

ここで改めてジュネーヴ法について考えてみると、従来は戦闘の外にある者（hors de combat）の保護に関する規則がジュネーヴ法であるとされてきた。<sup>(95)</sup>さらに、傷病者や捕虜、占領地住民といったジュネーヴ法の保護対象とされる者は、いずれも自国の権力内にある者であったため、その者を攻撃することにはほぼ軍事的必要性は存在しないということができた。<sup>(96)</sup>軍事的必要性のない行為を規制することに関しては、各国の同意も得やすく、比較的

容易に条約規則の作成を行うことができた。1949年のジュネーヴ諸条約が、既存の条約のなかで最も普遍的な締約国数を誇っているのも、このことに由来する。しかし、今日の武力紛争においては、戦闘地域と文民の居住地が明確に分けられていないことも多いため、その限りにおいて、文民は戦闘の内にある者（dans le combat）になる可能性が高くなった。そうである以上、文民の保護は従来の意味でのジュネーヴ法のみによる規制に委ねることはできないことになる。そのため、1977年の第1追加議定書採択以降、文民の保護が義務として課されることになったこともあり、近年ではジュネーヴ法というとき、戦闘の外にある者だけを対象とするのではなく、より広く「戦争犠牲者の保護に関する法」<sup>(97)</sup>を指すものと解されるようになった。

しかし、文民の保護を考える際、ハーグ法に内在する軍事的必要性に認められる国家の裁量が問題となる。ハーグ法に属する規則は、解釈の幅を広く許容する義務が多い。奇計と背信行為の境界や、不必要な苦痛の判断、使用する兵器の選択などは、軍事的必要性の有無を考慮するかたちでなされるが、それらはその判断・選択を行う国家の裁量に委ねられる。このような裁量性が認められる理由は、ハーグ法規則には程度の大小こそあれほぼ必ず軍事的必要性が認められるからである。いかなる戦闘手段または方法であっても、戦争目的の達成のためにまったく必要がないと断言できるものはなく、その限りで軍事的必要性の許容的な側面が強くなるのである。そうした行為に対しては、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能や人道の考慮にもとづく制約が課されることとなり、敵対行為の許容性が相対的に決まることになるが、その最終判断を行う権限を有するのは、当該敵対行為を行う国家である。そのため、ハーグ法規則により課される義務の範囲の解釈は、結局のところ国家の裁量に大きく依拠することになるのである。

その一方で、ジュネーヴ法は、一般に国家の裁量を認める軍事的必要性を考慮する余地を極めて狭く考えている。とりわけ人の殺傷については原則としてその裁量性が大きく制限され、厳格な義務が課されることになる。この

ように国家の裁量の余地が狭くなる理由は、ジュネーヴ法の多くの規則は、戦争目的の達成のために必要のない敵対行為を規制するものであるからだといえる。

しかし、戦闘地域の外にいる者の保護と異なり、戦闘地域にいる文民の保護に関しては、付随的損害の概念から死傷が許容され、また敵対行為に直接参加しているか否かの判断などについても、攻撃をする国家の側に比較的大きな裁量が与えられている。こうした裁量性は、軍事的必要性に固有のものであり、軍事的必要性が認められる以上避けることのできない問題である。そのため、戦争犠牲者の保護の観点からハーグ法規則を拡充するためには、軍事的必要性の裁量性をいかにコントロールしていくかという視点が求められよう<sup>(98)</sup>。ここにおいて、現代の武力紛争における軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能に改めて注目する必要があると出るのである。

### 第3節 軍事的必要性の機能に関する各国の法認識

#### 1 敵対行為禁止規則の作成時における考慮要因としての軍事的必要性

サンクトペテルブルク宣言に含意されていたように、ある敵対行為について明示の禁止規則が存在しない状態においては、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能や人道の考慮を通じて、当該行為に一定の制約が課される。しかし、明示の禁止規則のない場合は国家の裁量を許容する軍事的必要性がより機能しやすいため、敵対行為の濫用を完全に抑止することは難しい。その場合、サンクトペテルブルク宣言のように、国家に厳格かつ明確な義務を課すために条約が作成されることになるのである。こうした点に鑑みると、仮に最終的に条約規定に軍事的必要性にかかわる文言が用いられていなくとも、条約規則の作成に際しては、敵対行為の規制に関して軍事的必要性が重要な考慮要因となっていることが考えられる。

ある敵対行為を条約で禁止できるか否かを検討するにあたっては、まず軍事的必要性の有無や程度が重要となる。たとえば人の殺傷を伴うような行為で

あっても、戦争目的の達成のために必要であり、軍事的必要性が高いと判断されるならば、その敵対行為を条約で禁止することは難しいであろう。また、武力紛争時に使用される兵器は、その使用に高い軍事的必要性が見いだされるものが多く、それゆえにこそ特定兵器の使用に関する法的規制は武力紛争法のなかでも最も困難な分野に属するといわれる。<sup>(99)</sup>

ただし、すべての兵器に高い軍事的必要性が見いだされるわけではない。軍事技術の向上などにより、同種の効果をもたらすより非人道的でない戦闘手段や方法が開発されれば、相対的に非人道性の高い従来の戦闘手段や方法には軍事的必要性を見いだす余地は少なくなる。そのため、こうした戦闘手段・方法に関しては、条約による法的規制の可能性が高くなり、実際に第1追加議定書の起草過程においても、個別兵器の法的規制について多くの議論が展開されることとなった。<sup>(100)</sup>

たとえば、フィリピンは数度にわたり、重大な違反について規定する草案74条にダムダム弾と毒ガスの使用を含める提案を行った<sup>(101)</sup>。これらは、すでに他の条約により禁止されている兵器であるため、その禁止規則を第1追加議定書に加えることはそれほど難しくないようにも思われたが、これらの兵器の定義が曖昧であることや復仇手段としての重要性に鑑み反対する国が多く、結局フィリピンの提案は否決されることとなった。<sup>(102)</sup> また、通常兵器の規制に関する合意が難しいと判断した複数の諸国により、通常兵器の規制に関する審議を行うための締約国委員会の設置を規定する草案86条の2を加える提案がなされたが、同じ議論の堂々巡りで、結局同草案は否決されるに至っている。<sup>(103)</sup> 反対票の理由としては、たとえばフランスが国防および安全保障に関する問題は国連で行うべきであることを挙げている。<sup>(104)</sup>

復仇手段としての兵器の使用や国防のための兵器の使用は、まさに軍事的必要性を体现するものである。<sup>(105)</sup> この点については、先述の人質事件における軍事的必要性の定義のなかで、軍事的必要性は自軍の安全を確保するために必要な措置を認めるとされていることも想起する必要がある。そのため、

これらの兵器の禁止に関しては、軍事的必要性の観点から、第1追加議定書では禁止しないという選択がとられたものと考えられる。

こうした軍事的必要性の許容的な側面は、可能な限り制限されることが望ましいとの見解もあろう。しかし、武力紛争法は、すでに武力紛争が起きていることを前提とする法であり、武力紛争においては戦争目的の達成のために必要な敵対行為が行われるため、武力紛争法から軍事的必要性を排除することは不可能であるという点には注意が必要である。つまり、条約規則の起草にあたっては、人道の考慮だけでなく、軍事的必要性の概念に内在する敵対行為禁止・制限機能にも注目して、現実的な可能性を視野に入れたうえで規則を作成していくことが求められるといえるのである。

## 2 武力紛争法の基本法的原則としての軍事的必要性

第1追加議定書においては、マルテンス条項が前文や廃棄条項から一般原則を示す1条に格上げされたことに象徴されるように、武力紛争法上の義務の創出・発見に寄与する役割を果たすのは、人道の考慮であるという認識が一層強くなっている<sup>(106)</sup>。他方で、軍事的必要性も、明示の規則がないなかでも積極的な機能を果たす。ただし、リーバー法典の定義において「戦争の法規および慣行に従って合法的な措置の必要性」とされ、また第1追加議定書35条のコメンタリにおいても ICRC が「必要性は合法性の限度である」と述べるように、軍事的必要性が果たす役割は現行法の解釈によって導き出せるものにとどまる。こうした限定はあるものの、以下で述べるように、軍事的必要性にも確かに積極的側面は見いだされるのである。しかし、マルテンス条項への高い関心の影響もあってか、軍事的必要性の果たす役割は見落とされることも少なくない<sup>(107)</sup>。

第1追加議定書の起草過程をみると、これまで未規制であったか不明確であった分野の敵対行為の禁止規則の作成にあたって、各国は軍事的必要性を重要な考慮要因としていたことがわかる。たとえば、ノルウェー代表は、「文民たる住民に恐怖を広めるため、または農地を破壊するために使用

される兵器は、軍事的必要性として決して正当化されえないため、禁止されるべきである」と述べている。<sup>(108)</sup> また、スイス代表は通常兵器に関する見解のなかで、「敵を敵対行為の外におくために要求される最小限度を超えるために軍事的必要性によって正当化されない、検出不可能な破片を利用する兵器は、禁止されるべきである」と述べている。<sup>(109)</sup> さらに、スウェーデン代表は、「空气中に広がる物質によってつくりだされる雲煙の爆発により引き起こされる爆風の効果に依拠する弾薬を禁止する規則は、それが軍事的に必要な前に採択されるべきである」と述べているが、この発言は、今日ではまだこの種の弾薬に軍事的必要性が見いだされないため、今のうちに禁止すべきであるとの趣旨であろう。これらの発言にみられるように、各国は起草過程において、軍事的必要性の有無を検討することで、具体的な規則内容を引き出し出そうとしてきたのである。

また、たとえば投降者に対する攻撃については、各国が軍事的必要性がないことを認識し、それにより41条の投降者に対する攻撃の禁止を規定する条文に結実することになった。ICRCのコメンタリによれば、投降者等の戦闘外にある者の攻撃については、逸脱を正当化する軍事的必要性の主張の余地はないとされ、またいかなる軍事的必要性の主張も無条件の投降を拒否するために援用されえないとされる。<sup>(111)</sup> この投降者に対する攻撃の禁止は、軍事的必要性だけでなく、人道の考慮の観点も入れて導き出された規則であるといえるが、上記の議論からも、第一義的に考慮に入れられるのは軍事的必要性であると考えられる。この点について参考になるのが、ハーグ陸戦条約である。同条約は、「軍事上ノ必要ノ許ス限努メテ戦争ノ惨害ヲ軽減スルノ希望ヲ以テ定メラレタルモノ」とであると前文で規定しているが、これはまず軍事的必要性を前提に据えることで禁止されうる一定の枠を設け、その範囲内において軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能と人道の考慮の双方を考慮に入れて禁止規則が作成されていたことを示しているといえよう。<sup>(112)</sup>

このように、条約規則作成の必要性や条約規則の内容を確定するにあつ



て、まず軍事的必要性の有無や程度を検討し、そのうえで人道の考慮を加味するという思考の順序は、第1追加議定書の起草過程においてもみられた。ノルウェー代表は、第2追加議定書がコンセンサスで採択された際、第1・第2両追加議定書について陳述し、戦闘の手段・方法に「例外的」事態を許容することの危険性に対する懸念を表明した。そして、「武力紛争法を法典化する他の文書においてもそうであったように、……第1議定書においては軍事的必要性の妥当な考慮があったが、新しい規則は人道の要請にも基礎をおいていた<sup>(113)</sup>」と述べている。これは、従来はとくに軍事的必要性に重点がおかれていたが、第1追加議定書においても、まず軍事的必要性を考慮したうえで、それでも不十分で新しい規制が必要とされる場合に人道の要請にも依拠することになるとの見解を示すものといえる。

また、ボテ（Bothe）らの第1追加議定書35条のコメンタリにおいても、下記のとおりに人道の考慮による規制が補完的であることが指摘されている<sup>(114)</sup>。

「軍事的必要性の原則は、最も少ない経済的または人的資源の損失で敵の速やかな降伏を確保するために適切かつ均衡のとれた、国際法により禁止されていない措置を正当化し、またそれらの措置のみを正当化する。人道の原則は、明白な軍事的利益の達成のために必要のない（すなわち、適切でなく均衡のとれていない）暴力措置を禁止することによって、必要性の原則を補完する。」

他方で、各国が公的に発言するときは、美徳的観点から人道の考慮を強調する。国際社会において人道の考慮重視の傾向が拡大しているため、人道的観点からの規制を世論が大いに歓迎するからである。国家としては、軍事的必要性がないから禁止したと述べることにとくに利益はないため、世論の支持を得られる発言を選ぶのである<sup>(115)</sup>。なお、こうした発言が実際に可能となるのは、第2章の最後に述べたとおり、軍事的必要性和人道の考慮は常に対立的な概念ではなく、一定の制約を課すという観点からは相互補完的な関係にあるからともいえる。

しかし、人道の考慮にもとづく敵対行為の禁止を求める声が隆盛を極めるなか、あえて軍事的必要性に依拠して禁止義務を導く必要はあるのであろうか。この点、人道の考慮による制約と軍事的必要性による制約とでは、国家に禁止義務を課す際の説得力に差が出る。「人道にもとる行為は行ってはならない」という義務と、「軍事的に必要な行為は行ってはならない」という義務とでは、国家がより受容しやすいのは後者の義務である。軍事的必要性は、戦争目的を達成するという国家の意思に内在するものであって戦争目的の遂行を阻害しないかたちで制約を課すのに対して、人道の考慮は、その国家意思を制約する外在的要因となるからである。人道の見地のみから禁止しようとしても実行されるものでないことは、過去の歴史が証明している<sup>(116)</sup>。

このように、第1追加議定書の起草過程において敵対行為の規制のあり方を考える際には、軍事的必要性の有無の判断がその前提的な基礎となっていたが、この軍事的必要性の役割は第1追加議定書の起草過程にとどまるものではない。コルブが述べるように、軍事的必要性は、人道の考慮と並び、他の一般原則に優位する武力紛争法の「基本法的原則」を構成し、各国の法認識に内在するかたちで武力紛争法のあらゆる規則の第一義的基礎を成している<sup>(117)</sup>のである。このことは、先述の第1追加議定書35条のコメンタリのなかで、ICRCが、軍事的必要性は「敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則」であると述べていたこととも合致しよう。基本法的原則たる軍事的必要性は、ただ義務逸脱機能を有するだけでなく、軍事的必要性の概念自体に内在している敵対行為禁止・制限機能を通じて、義務からの逸脱を禁止したり、逸脱する範囲や程度を制限する重要な役割を果たしているのである<sup>(118)</sup>。

#### 第4章 結 論

軍事的必要性には、敵対行為を禁止する義務からの逸脱を認める義務逸脱

機能と、軍事的必要性のない敵対行為を禁止し、軍事的必要性の低い敵対行為を制限するという敵対行為禁止・制限機能が認められる。軍事的必要性の義務逸脱機能は、①条約で明示的に規定されている場合に認められるが、②自国の行動を正当化するためであったり、③戦争犯罪裁判における抗弁としても依拠されてきた。他方で、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能は、①義務逸脱機能について条文上明記されている場合に、戦争目的の範囲を限定することにより、義務からの逸脱を無条件に認めることに制限を課す。また、②軍事的必要性に関する明文規則がない場合であっても、自国の敵対行為を正当化する許容的な性格がある反面、軍事的必要性の有無や程度を基準として、武力紛争時の敵対行為に一定の制約を課す。さらに、③国家や個人が自らの行った敵対行為の正当化を図るために軍事的必要性の義務逸脱機能に依拠する際にも、当該規則の解釈のなかで、合法・違法の判断基準を提供するのである。

軍事的必要性にはこのような機能が認められるが、その一方で、軍事的必要性が、国家の裁量を広く認め、敵対行為の許容性の判断を国家に委ねる点は、軍事的必要性の問題点として危惧される。この裁量に対しては、人道の考慮にもとづきあるべき法の観点から制限を加えることも考えられるが、まずは軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづき、現実的な立場から制限することを忘れてはならないであろう。

軍事的必要性は、戦数理論にもとづく違法性阻却の抗弁や戦争の違法化に伴う風潮、人道の考慮の隆盛、義務からの逸脱を許すかたちでしか条文にあらわれないことなど、いくつもの要因が重なった結果、今日極めて消極的な観点からとらえられるに至っている。しかし、軍事的必要性に対する評価は、こうした側面のみに焦点をあててなされるべきではなく、上述のさまざまな場面を十分に理解したうえでなされなければならない。軍事的必要性は、武力紛争法の基本法的原則としてあらゆる規則の第一義的基礎を成しているものであり、条文上で明示的に言及されていない場合であっても、各国の

法認識のなかで敵対行為禁止・制限機能が重要な役割を果たしている。こうした軍事的必要性の積極的側面も十分に認識することで、より適切に条約が適用されることとなり、また実効性の高い条約の実施が実現されることになるだろう。

- (1) Robert Kolb, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés: Précis* (2<sup>e</sup> édition, 2009), p. 116. 本稿では、戦闘手段や方法を規制するハーグ法と戦闘の外にある者の保護を司るジュネーヴ法から構成される、ラテン語の *jus in bello* (戦争における法) に相当する語として「武力紛争法」の用語を用いるが、武力不行使原則が確立する以前に関しては、当時通用していた「戦争法」の語を用いることとする。なお、第1追加議定書が作成された後、ジュネーヴ法の内容には修正が加わることになるが、この点については第3章第2節3で述べる。
- (2) Burrus M. Carnahan, “Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2 (1998), p. 219.
- (3) たとえば、Michael G. Cowling, “The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict”, *South African Yearbook of International Law*, Vol. 25 (2000), pp. 134-135.
- (4) Yoram Dinstein, “Military necessity”, Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (2012), p. 201.
- (5) Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), liber 3, pp. 482-483 (一又正雄訳『戦争と平和の法』3巻(厳松堂、1951年)1121-1122頁)。
- (6) たとえば、Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. 2: The Law of Armed Conflict (1968), p. 9.
- (7) *Trial of Wilhelm List and Others* (Hostage Case), Case No. 47, United States Military Tribunal (19 February, 1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 8 (1949), p. 66.
- (8) 軍事的必要性は純粋に防衛的な目的などのためにも認められうることを理由に、戦争目的を敵の服従に限定することの不適切性を指摘するものとして、Nobuo Hayashi, “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian

- Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, No. 1 (2010), p. 60.
- (9) Carnahan, *supra* note 2, p. 231.
- (10) Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire* (1983), p. 1. ICRC の認識によれば、国際人道法は、軍事的必要性の考慮を完全に排除することはできないが、人道的理由にもとづいて個人の尊重と保護を確保するための法であるとされる。竹本正幸「国際人道法」国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』（三省堂、2005年）293頁。
- (11) *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72 (2 October 1995), para. 97.
- (12) Michael Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4 (2010), pp. 819-820.
- (13) たとえば、軍事的必要性は免責が条文上明記されている場合に規範からの逸脱を正当化しうることに着目する見解として、Dinstein, *supra* note 4, p. 204. また、今日軍事的必要性に言及されるのは、人道の考慮とのバランスの文脈のみにとどまることが多いとしたうえで、軍事的必要性がほとんど扱われなくなった原因は、人道の原則を強調するピクテの著書（Jean Pictet, *Les principes du droit international humanitaire* (1967)）にあると指摘するものとして、Robert Kolb, “La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle”, *Colloque de Grenoble de la Société française de droit international* (2007), p. 152.
- (14) *Ibid.*, p. 152.
- (15) Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* – (1992), p. 13, para. 131.
- (16) Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés* (2001), p. 48.
- (17) 同様の記述として、UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004), p. 22, para. 2.2.1(b) ; US Department of the Navy, *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operation*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A (2007), p. 5-ii, para. 5.3.1.
- (18) Bundesministerium der Verteidigung, *supra* note 15, p. 13, para. 130.
- (19) UK Ministry of Defence, *supra* note 17, p. 22, para. 2.2.1(c).

- (20) US Department of the Navy, *supra* note 17, p. 5-2, para. 5.3.1.
- (21) UK Ministry of Defence, *supra* note 17, p. 22, para. 2.2.1(d).
- (22) Kolb, *supra* note 13, pp. 152, 164-165.
- (23) Cowling, *supra* note 3, p. 136.
- (24) Coleman Phillipson, *International Law and the Great War* (1915), p. 132.
- (25) 同様の見解として、N. C. H. Dunbar, “Military Necessity in War Crimes Trials”, *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952), p. 444; Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (1955), p. 369; Elmar Rauch, “Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre”, *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 19, n° 1-2 (1980), p. 210; Christopher J. Greenwood, “Historical Development and Legal Basis”, Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2008), pp. 35-38.
- (26) ドイツにおいては、マルテンスやヘフターらの学説に、軍事的必要性に関係する理論の萌芽がみられる。Georg Friedrich de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (3<sup>e</sup> édition, 1821), pp. 461-462; August Wilhelm Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen* (4 Aufl., 1861), pp. 211-213; 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』(有斐閣、2012年) 16-18頁。これらが、リュエダーの戦数理論へとつながり、後述のとおりドイツはこの理論にもとづいて2つの世界大戦を戦うことになる。Carl Lueder, “Krieg und Kriegerrecht im Allgemeinen”, Franz von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrecht: auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Bd. 4 (1889), pp. 253-257.
- (27) *Armitz Brown v. the United States*, Supreme Court of the United States, 12 U.S. 110, p. 122.
- (28) *David D. Mitchell, Plaintiff in error, v. Manuel X. Harmony*, Supreme Court of the United States, 54 U.S. 115, pp. 133-134.
- (29) 江藤淳一は、ミッチェル対ハーモニー事件とリーバー法典との関係について、裁判所で示された判断はもっぱら合衆国憲法上の大統領の権限の問題であり、戦争法における軍事的必要性に直接照らして判断がなされたわけでは必ずしもないとし、リーバーがそれを考慮して軍事的必要性の概念に直接結びつけたとみる十分な理由はないように思われると述べる。江藤『前掲書』(注26) 21頁、江藤淳一「19

世紀後半の陸戦法規の法典化における軍事的必要性の概念」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論（上智大学法学部創設五十周年記念）』（有斐閣、2008年）40頁。

- (30) Donald A. Wells, *The Laws of Land Warfare: A Guide to the U.S. Army Manuals* (1992), p. 1.
- (31) 江藤「前掲論文」（注29）39頁。
- (32) 武力紛争法の個別の規範がある行為を許容しているとしても、それはその行為が具体的な事態において合法となることをなお意味するものではないとしたうえで、その行為が合法か否かは制限的にはたらく軍事的必要性の一般原則の適用によるものとして、Kolb, *supra* note 13, pp. 165-166.
- (33) Igor P. Blishchenko, “Les principes du droit international humanitaire”, Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge: en l'honneur de Jean Pictet* (1984), pp. 298-299.
- (34) Schwarzenberger, *supra* note 6, p. 11.
- (35) コルブは、サンクトペテルブルク宣言の前文に言及し、暴力は戦争目的の達成のために必要な範囲内に限定されることを指摘する。Kolb, *supra* note 13, p. 164.
- (36) Dietrich Schindler, “J. C. Bluntschli’s Contribution to the Law of War”, Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch* (2007), p. 453.
- (37) 草案3条は続けて、絶対的必要性のない行為に責任を有する者の処罰を規定しているが、責任者の処罰と軍事的必要性の関係が不明確なことに加え、戦争の必要性と絶対的必要性の相違についての言及もなく、全体として明瞭性に欠ける条文であった。Charles Samwer et Jules Hopf, *Nouveau recueil général de traités*, 2<sup>e</sup> série, tome 4 (1879), p. 6.
- (38) 軍事的必要性和類似の文言が含まれている条文および起草過程で削除された条文については、江藤『前掲書』（注26）67-70頁。なお、1907年のハーグ陸戦規則においては、追加された海底電線の破壊等に関する54条のなかで軍事的必要性への言及がなされている。
- (39) この文言のなかに軍事的必要性の例外への最優先の関心が認められるとする見解として、Craig J. S. Forrest, “The Doctrine of Military Necessity and the

- Protection of Cultural Property during Armed Conflicts”, *California Western International Law Journal*, Vol. 37, No. 2 (2007), p. 189.
- (40) 竹本正幸「陸戦における私有財産尊重の原則 —その形成過程について—」同『国際人道法の再確認と発展』（東信堂、1996年）9, 47頁。同規則は、既存の慣習国際法の明文化を試みた1874年のブリュッセル宣言（13条（g））や、1880年のいわゆるオックスフォード・マニュアル（32条）にも規定されている。Dietrich Schindler and Jiri Toman (eds.), *The laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (4th edition, 2004), pp. 24, 34.
- (41) 「絶対的な必要性」の語は、損害または苦痛がより少ない実効的な合法的軍事手段が存在しないことを意味する。William V. O'Brien, “The Meaning of Military Necessity in International Law”, *World Polity*, Vol. 1 (1957), p. 141.
- (42) 竹本正幸「戦数」国際法学会編『国際法辞典』（鹿島出版会、1975年）400頁。
- (43) こうした考え方を示しているものとして、John Westlake, *International Law*, Vol. 2 : War (1907), pp. 115-117; Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2 : War and Neutrality (1906), p. 79.
- (44) 竹本「前掲論文」（注42）400頁。
- (45) Lueder, *supra* note 26, p. 254.
- (46) 第1次世界大戦においてドイツが戦数理論に依拠していたことについては、Hugh H. L. Bellot, “War Crimes: Their Prevention and Punishment”, *Transactions Grotius Society*, Vol. 2 (1916), pp. 31-32.
- (47) これらの戦争犯罪裁判における軍事的必要性の抗弁の概要については、Dunbar, *supra* note 25, pp. 442-452.
- (48) たとえば、ニュルンベルク国際軍事裁判所の判決として、*The Krupp Trial: Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, United States Military Tribunal, Nurmberg (June 1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 10 (1949), pp. 138-139. アメリカの軍事委員会の判決として、*Trial of Gunther Thiele and Georg Steinert*, Case No. 14, United States Military Commission (June, 1945), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 3 (1948), pp. 56-59.
- (49) *The Peleus Case: Trial of Kapitänleutnant Heinz Eck and Four Others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the*



- High Seas*, British Military Court for the Trial of War Criminals (17–20 October 1945), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 1 (1947), pp. 2–3.
- (50) *In re von Lewonski*, British Military Court (December 1949), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1949*, Vol. 16 (1955), pp. 521–523.
- (51) 法務官の主張にもかかわらず、破壊に関する軍事的必要性の抗弁が認められたとの見解を示すものとして、Dunbar, *supra* note 25, pp. 450–451.
- (52) Josef L. Kunz, “The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision”, *American Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1 (1951), pp. 53–54.
- (53) *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Vol. 1 (1956), p. 17, para. 23.
- (54) *Ibid.*, p. 51, para. 47.
- (55) *Ibid.*, p. 51, para. 52.
- (56) *Ibid.*, pp. 51–52, paras. 49, 61.
- (57) *Ibid.*, p. 52, para. 54.
- (58) *Ibid.*, p. 52, para. 55.
- (59) *Ibid.*, pp. 263–264, paras. 19–24.
- (60) *Ibid.*, p. 225, footnote 5.
- (61) 石本泰雄「国際法の構造転換」同『国際法の構造転換』（有信堂、1998年）17頁。
- (62) 藤田久一『国際人道法〔新版（再増補）〕』（有信堂、2003年）26頁。
- (63) 以下の条文に、軍事的必要性がある場合に義務から逸脱しうることが規定されている。第1条約8, 30, 32, 33, 34, 50条。第2条約8, 28, 51条。第3条約76, 126条。第4条約30, 49, 53, 55, 108, 112, 143, 147条。
- (64) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (1949), tome II–A, p. 649.
- (65) *Ibid.*, p. 705.
- (66) *Ibid.*, tome II–B, pp. 339–342.
- (67) Jean Pictet, “Les principes du droit international humanitaire”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 48, n° 573 (1966), pp. 413–414.
- (68) 以前は、戦時復讐の文脈で捕虜の殺害がなされることがあった。しかし、軍事

的利益よりも敵愾心を煽ることによる不利益の方が大きいため、軍事的必要性は見いだされず、戦時復仇によるものも含めて捕虜の殺傷は禁止されるに至った。藤田久一「戦時復仇制限と1949年ジュネーブ諸条約」『法学論叢』80巻5号(1967年)60頁。

- (69) 「軍事的必要性の原則は人道の原則と同じ方向に向かう。ここに対立はなく、競合する両概念の間の衡量もない」とする見解として、Kolb, *supra* note 13, p. 166.
- (70) 寺谷広司「人道・人権の理念と構造転換論 一人道法は人権法の特別法か」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)213頁、松葉真美「国際人道法と国際人権法の相互作用 一人道法は人権法に優先するのか」『レファレンス』58巻7号(2008年)48頁。
- (71) Resolution XXIII, Human Rights in Armed Conflicts (12 May 1968), *American Journal of International Law*, Vol. 63, No. 3 (1969), pp. 680-681.
- (72) UN General Assembly Resolution 2444 (XXIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts (19 December 1968), para. 1.
- (73) 事務総長のこれらの報告書は、人道の考慮を強調するものであったが、詳細にみると軍事的必要性にまったく考慮が払われていないわけではなかった。たとえば1969年の報告書では、「戦争の必要性和文明の基準の要請の間での妥協」を目指した1923年の空戦規則案が条約化に成功しなかったことや、1949年ジュネーブ諸条約の義務は、特定の規定において明記されていない限り、以前の条約で「軍事的必要性」として言及されてきたものに服さないということなどが確認されている。Respect for Human Rights in Armed Conflicts, *Report of the Secretary-General*, A/7720 (20 November 1969), pp. 23, 25, paras. 52, 58. また、1970年の報告書では、ゲリラ戦の許容性に関する議論のなかで軍事的必要性への言及がなされている。Respect for Human Rights in Armed Conflicts, *Report of the Secretary-General*, A/8052 (18 September 1970), pp. 57, 60, 72, paras. 181, 191, 230.
- (74) Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)* (1978) (ci-après, *Actes de la Conférence*), Vol. 1, 3<sup>e</sup> partie, pp. 1-46.
- (75) 田中忠「人道観念の諸相」寺沢一・山本草二・波多野里望・筒井若水・大沼保昭編『国際法学の再構築(上)』(東京大学出版会、1977年)117頁。

- (76) Conférence d'experts de la Croix-Rouge, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 53, n° 628 (1971), p. 223.
- (77) Conférence d'experts gouvernementaux, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 53, n° 634 (1971), p. 598, para. 11.
- (78) *Ibid.*, p. 599, para. 13.
- (79) 国連による積極的関与を受けつつも、1949年のジュネーヴ諸条約の作成以降、継続的に新しい条約を作成するためのイニシアティブをとってきたICRCが両追加議定書案を作成するに至るまでの経緯については、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加される二つの議定書について」同『前掲書』（注40）202-206頁。
- (80) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 1, 3<sup>e</sup> partie, p. 19.
- (81) *Ibid.*, Vol. 3, p. 263.
- (82) 軍以外の文民保護団体の物品・建物については、それらが属する締約国によってのみ破壊されまたは使用目的を変更できることとなった（現62条3項）。
- (83) 軍事的必要性の例外を設けるこの修正案に対しては、文民保護組織が使用する物は文民保護のために不可欠であるとして反対する立場と、焦土作戦のような場合には物だけであればその破壊が許されるべきであるとする立場とに大きく分かれた。しかし、最終的には、議長のプロ案で非公式協議が設けられた後、コンセンサスで修正案が採択されるに至っている。この議論の経緯につき、*Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 12, pp. 397-403.
- (84) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 3, p. 297.
- (85) *Ibid.*, p. 310.
- (86) 国際法の「規則」が存在しない場合には、国際法の「原則」によってその欠缺が補充されることについて、江藤『前掲書』（注26）6頁。
- (87) Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1987), pp. 393-398, paras. 1386-1396.
- (88) *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390.
- (89) *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390.
- (90) *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390; Max Huber, “Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 37, n° 439 (1955), p. 430.
- (91) Sandoz *et al.*, *supra* note 87, p. 397, para. 1394; Hersch Lauterpacht, “The

- Problem of the Revision of the Law of War”, *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952), p. 379.
- (92) Sandoz *et al.*, *supra* note 87, pp. 397–398, para. 1395.
- (93) Rauch, *supra* note 25, p. 220.
- (94) 城戸正彦『戦争と国際法』(嵯峨野書院、1996年) 146–147頁。
- (95) Pictet, *supra* note 67, p. 413.
- (96) 吉田脩「『武力規制法』の規範的構造と『戦時復仇』の諸相 —1977年のジュネーヴ第一追加議定書における『復仇』禁止諸条項についての考察を中心に」『筑波法政』33号(2002年) 16, 54頁。
- (97) 山本草二『国際法〔新版〕』(有斐閣、1994年) 743頁、杉原高嶺『国際法学講義』(有斐閣、2008年) 631頁。
- (98) 均衡性の判断における裁量性への懸念として、Rauch, *supra* note 25, pp. 224–225.
- (99) 藤田『前掲書』(注62) 91頁。
- (100) その議論の経過の詳細について、*Report of the Secretary-General on Incendiary and Other Specific Conventional Weapons Which May Be the Subject of Prohibitions or Restrictions of Use for Humanitarian Reasons*, A/32/124 (8 September 1977), pp. 1–19; 竹本正幸・楠美智子「人道的理由で使用の禁止又は制限の対象となる焼夷兵器その他の特定通常兵器 一国連事務総長の報告書—(二)」『関西大学法学論集』28巻3号(1978年) 190–214頁。
- (101) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 3, pp. 335–336; Vol. 10, pp. 187–188.
- (102) *Report of the Secretary-General*, *supra* note 100, pp. 16–17, para. 42; 竹本他「前掲論文」(注100) 210頁。
- (103) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 3, p. 374; Vol. 7, p. 33.
- (104) *Ibid.*, Vol. 7, p. 25.
- (105) 尋木真也「非国際的武力紛争における戦時復仇の存立基盤 一軍事的必要性及び相互主義の観点から—」『早稲田大学大学院法研論集』132号(2009年) 185頁。
- (106) マルテンス条項が欠缺補充の役割を果たすことについて、江藤『前掲書』(注26) 278頁。また、Mika Nishimura Hayashi, “The Martens Clause and Military Necessity”, Howard M. Hensel (ed.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*

- (2008), pp. 147-148参照。
- (107) マルテンス条項に軍事的必要性の禁止効果が含まれているとの評価もある。  
Rauch, *supra* note 25, p. 218.
- (108) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 16, p. 7.
- (109) *Ibid.*, p. 257.
- (110) *Ibid.*, p. 344.
- (111) Sandoz *et al.*, *supra* note 87, pp. 489-490, 493, paras. 1609, 1619.
- (112) この規定は、諸規則の起草の際に、起草者が軍事的必要性の要素を十分に考慮に入れていたことを示唆している。Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law* (4th edition, 2011), p. 32.
- (113) *Actes de la Conférence*, *supra* note 74, Vol. 7, p. 214.
- (114) Michael Bothe, Karl Joseph Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982), pp. 194-195.
- (115) 近年のクラスター弾条約の採択に際しても、とりわけ採択後になると、各国はあえて軍事的必要性には触れずに、人道分野における自国の貢献を謳い上げていた。福田毅「クラスター弾に『烙印』は押せるか ―オスロ・プロセスをめぐる言説の分析―」『国際安全保障』37巻4号（2010年）75頁。
- (116) 前原光雄『戦争法』（ダイヤモンド社、1943年）85頁。
- (117) 一般原則のなかに階層性を見いだし、軍事的必要性、人道の原則および広義の均衡性を他の一般原則に優位する「基本法的原則（*principes constitutionnels*）」とみなすものとして、Kolb, *supra* note 1, p. 116.
- (118) Carnahan, *supra* note 2, p. 230.

